“Prohijar puede todo hombre libre”, dice la Partida.
Sobre la universalidad del derecho de adopción.

Prof. David Gutiérrez-Giraldo

He recibido una nota averiguando mi postura respecto de la adopción de niños por parte de ciudadanos homosexuales y preguntándome si, según mi criterio, la Corte Constitucional colombiana debe definir la justicia de esa modalidad de adopción tal como se lo indique la opinión pública dominante o si, más bien, *"debería optar por una posición más recatada y abstenerse [de decidir], para permitir que el proceso político natural solvente estos temas claramente divisorios. C.E."*

Se terció, pues, y le escribí a mi corresponsal los pasos de este ejercicio de jurista que indaga si es o no justo que los ciudadanos homosexuales hombres y mujeres adopten niños en solitario o en solidario (o sea, en parejas); o, lo que es lo mismo, si los Estados están o no obligados a conceder estatuto civil o jurídico a esas adopciones.

Primero voy a definir el derecho de adopción echando mano de las Partidas (o libro o fuero de las leyes), el derecho culto que en el siglo XIII mandó elaborar para sus reinos don Alfonso X, el Sabio, de Castilla. No he seguido el debate público sobre este tema pero sí he oído algunos argumentos. Son de sobremesa, pero son los que he oído y voy a referir después.

1. *Que los homosexuales hombres y mujeres no pueden adoptar. ¿No es universal el derecho de adopción?*

"Adoptio en latín tanto quiere decir en romance como prohijamiento, y este prohijamiento es una manera que establecieron las leyes [-i.e. las costumbres-], por la cual pueden los hombres [-i.e. las personas-] ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente." [Partida IV.Tít. XVI Ley 1]

Adoptar hijos ajenos, como tenerlos propios, es una manera de ese "movimiento natural por el que se mueven todas las cosas del mundo a criar y a guardar lo que nace de ellas" [Partida IV. Tít. XIX Ley 2]." Porque levantar y cuidar las crías es una propensión consustancial al ser humano, me parece que los Estados están obligados a permitir, a facilitar y a reconocerle estatuto jurídico a la adopción. Tal cual, sin calificación.

Parece que son tres los acreedores de esa obligación de los Estados. Uno, ético, es la especie humana para cuya pervivencia es indispensable ese factor de solidaridad intergeneracional que es la crianza de hijo ajeno. Los otros dos acreedores son jurídicos. La cría humana, a quien se le debe naturalmente la crianza que necesita para desarrollarse, para aprender a ser persona, para aprender la autonomía, la libertad. Y el mayor que adopta o quiere adoptar, a quien no puede impedírsele que realice en esa

crianza la propensión (o libertad, si se quiere), también consustancial al ser humano, a reproducirse, a perpetuar su existencia individual, su carácter, en otros de la misma especie. Lo dice así esta definición de la Partida IV:

> Crianza es uno de los mayores beneficios que un hombre puede hacer a otro, lo que todo hombre se mueve a hacer con gran amor que tienen a aquel que cría, bien sea hijo u otro extraño. Y esta crianza tiene muy gran fuerza, y señaladamente que hace el padre el hijo, y comoquiera que le ama naturalmente porque le engendró, *mucho más le crece el amor por razón de la crianza* que hizo en él. Otrosí el hijo está más obligado a amar y a obedecer al padre, porque él mismo quiso llevar el afán de criarle antes que darle a otro. [Tít. XIX Ley 1. Énfasis mío.]

Podría uno decir que la adopción se perfecciona (o que es obligatorio para los Estados reconocerle juridicidad) cuando se cumplen dos condiciones. La primera es que la criatura que va a ser adoptada no esté amparada por potestad paterna. La segunda es la aptitud del potencial adoptante, que describen así los jurisconsultos del rey Alfonso:

> Piedad y deudo natural debe mover a los padres para criar a sus hijos, dándoles y haciéndoles lo que les es menester según su poder; y esto se deben mover a hacer por deudo de naturaleza, pues si las bestias, que no tienen razonable entendimiento, aman naturalmente criar sus hijos, mucho más lo deben hacer los hombres, que tienen entendimiento y sentido sobre todas las otras cosas. Y otrosí los hijos obligados

> están naturalmente a amar a sus padres, y hacerles honra y servicio y ayuda en todas aquellas maneras que lo pudieren hacer. [Partida IV. Tít. XIX. *Cómo deben los padres criar a sus hijos y otrosí de cómo los hijos deben pensar en los padres cuando les fuere menester*.]

Si criar un hijo es darle y hacerle, en lo posible, lo que el hijo necesite, tal como cualquier persona en capacidad de engendrar puede optar por la paternidad biológica, así cualquier persona jurídicamente capaz tiene que poder optar a la paternidad civil. Y porque lo demandan la necesidad del niño y la aspiración natural del que quiere adoptarlo, el Estado no puede denegar esa opción si el niño está libre de patria potestad y el adoptante prueba su capacidad para criarlo aceptablemente bien y manifiesta "querer llevar el afán de criarle"; o sea, si hace manifiestamente suyas las obligaciones que le causa respecto del hijo adoptado su condición de padre. No son muy gravosas:

> [L]a manera en que deben criar los padres a sus hijos y darles lo que les fuere menester, aunque no quieran, es esta: que les deben dar que coman y que beban, y que vistan y que calcen y lugar donde moren y todas las otras cosas que les fueren menester, sin las cuales los hombres no pueden vivir, y esto debe cada uno hacer según la riqueza y el poder que hubiere, considerando siempre la persona de aquel que lo debe recibir, y en qué manera lo deben esto hacer. [Partida IV. Tít. XIX Ley 2]

No es difícil ver que, a menos que no esté en sus cabales, viva miserablemente o sea un mal bicho, toda persona es apta para criar un hijo ajeno. No tiene que ser rica ni muy virtuosa. Ni tiene que tener un solidario en esa crianza. Y tampoco tiene que ser heterosexual. Adoptar es un acto de amor. Y cuanto más imperiosa es la necesidad un niño, son, aunque igualmente finas, más modestas sus exigencias. Por eso dice la Partida IV:

> Prohijar puede *todo hombre libre* que es salido del poder de su padre; pero es menester que el quisiere esto hacer tenga todas estas cosas: que sea mayor que aquel a quien quiere prohijar de dieciocho años, y que haya poder naturalmente de engendrar, habiendo sus miembros para ellos, y no siendo tan de fría naturaleza por la que se lo impida. [Tít. XVI Ley 2. Énfasis mío.]

Todo hombre libre es *toda* persona jurídicamente capaz. Por lo que parece, *cualquier* ciudadano en ejercicio que "haya poder" y vocación o "naturaleza" de criar, puede exigirle justamente a su Estado que no le impida adoptar hijos. Y *todo* ciudadano en ejercicio puede y debe requerir a su Estado justamente para que reconozca la universalidad del derecho de adopción y cumpla "el deudo de naturaleza" que tiene para con los niños que, a falta y necesidad de patria potestad, están provisionalmente al impersonal amparo de la suya.

2. *Que los homosexuales hombres y mujeres no deben adoptar porque el menor no puede criarse bien sin el referente femenino o masculino que le faltará en casa si es adoptado por una pareja de hombres o de mujeres, respectivamente.*

A ver. Puede parecer deseable que a la cría humana la levanten un hombre y una mujer porque en términos adaptativos para el humano es más "económico" o eficiente aprender desde que nace a relacionarse por igual con hombres y con mujeres, que son los géneros, las primeras maneras de ser de su especie. Pero, aunque deseable, la biparentalidad heterosexual no es ni puede ser necesaria (o sea, indispensable) para "criar bien" un humano; esto es: para moldear en su carácter una buena persona y un buen ciudadano. Y no es ni puede serlo porque la biparentalidad, a secas, es un factor, no una condición de la felicidad de las personas. No tengo que probar que en el mundo hay y ha habido miles de personas felices que fueron criadas por su mamá o su papá viudos y en solitario; o por su mamá, viuda, y la novia de su mamá; o por su papá, viudo, y el novio de su papá; o por dos tías o tíos carnales solteros que, a estos efectos y aunque no hubieran tenido entre sí un vínculo erótico-afectivo, tengo que contar como parejas homosexuales.

De esto puede uno inferir una de dos cosas: que los cacareados referentes no son tan importantes, o que a lo mejor lo son pero que, siendo, como parece, la primera, la biparentalidad heterosexual no es ni

puede ser la única vía de acceso de la cría humana a esos referentes.

3. *Que los homosexuales no deben adoptar porque el hijo va a reproducir, o es muy probable que reproduzca, el comportamiento sexual desviado o anormal de sus padres.*

Si el comportamiento heterosexual de los padres no puede evitar la homosexualidad ni es determinante de la heterosexualidad de sus hijos, tampoco puede el comportamiento homosexual de los padres evitar la heterosexualidad ni determinar la homosexualidad de sus hijos. [Sobre el origen de la homosexualidad hago alguna referencia en "Sexo homo en la perversa Uganda".] Este hecho, me parece, convierte en cuento chino este argumento.

Ahora bien. Supuesto que la sexualidad de los padres fuese determinante de la de los hijos, ¿qué importa de qué color sea? En otras palabras: ¿qué es un "comportamiento sexual desviado o anormal"? Puesto que el comportamiento sexual y la vida afectiva atañen exclusivamente a la determinación privada de cada persona, puede uno definir como "normales", por "respetuosos" (o sea, por respetuosos y respetables), cualesquiera gustos, prácticas y preferencias erótico-afectivas que cada quien guarde en el ámbito de su privacidad (que sea parte de eso que los antiguos romanos llamaron

los *interna*), y que por estar ahí guardadas no injurien ni amenacen seriamente injuriar a otros. El criterio de normalidad de un comportamiento sexual sólo puede ser, parece, su respetuosidad. No se trata de guardarlo en secreto, sino de vivir cada uno esa manera de su autonomía, sin intentar inducirla ni imponerla a nadie.

Por eso, creo, lo que debe preocupar no es esa bobada de la probable "homosexualización" de los hijos criados por homosexuales, sino la capacidad de los padres, homosexuales o no, para enseñar a sus hijos y ejercitarlos para que puedan vivir respetable y respetuosamente la sexualidad y afectividad que haga más feliz a cada uno.

4. *Que los homosexuales no deben adoptar porque es altamente probable que abusen sexualmente de sus hijos adoptados.*

El abuso sexual de los hijos biológicos o adoptados por parte de sus padres (y demás parientes) es un hecho desgraciado del que no es causa ni factor la preferencia erótico-afectiva homosexual o heterosexual ni el género masculino o femenino del abusador. Este argumento contra la adopción de niños por parte de homosexuales -la proclividad del homosexual al crimen- es un argumento canalla que pudo tener su momento en la primera Roma

cristiana, entre Constantino y Justiniano, que castraba y mandaba los homosexuales a la hoguera; o en el Burgos de 1227, cuando, dice una versión de la historia, el Infante Fadrique de Castilla y su yerno, don Simón Ruiz de los Cameros, tuvieron muerte de hoguera condenados por el antedicho rey Alfonso X, que era hermano de don Fadrique, acusados de pecado contra natura; o en la Medina del Campo del verano de 1497, cuando los católicos reyes don Fernado de Aragón y doña Isabel de Castilla mandaron en una Pragmática

> que cualquier persona, de cualquier estado, condición, excelencia o dignidad que sea, que cometiere el delito nefando contra naturam estando en el convencido [-o sea: habiéndosele probado-] por aquella manera de prueba, que según Derecho es bastante para probar el delito de herejía o crimen læsæ Majestatis, que sea quemado en llamas de fuego en el lugar, y por la Justicia a quien perteneciere el conocimiento y punición de tal delito, y sin otra declaración alguna, todos sus bienes así muebles como raíces, los cuales desde ahora confiscamos, y tenemos por confiscados y aplicados a nuestra Cámara y Fisco.

Estas barbaridades jurídicas tendrían que estar ya tan enterradas como la teoría del criminal nato, del profesor Lombroso, y no pueden caber en ninguna sociedad moderna que aspire razonablemente a la felicidad de sus ciudadanos.

Lo dicho hasta aquí me lleva a este juicio: los Estados tienen la obligación de otorgar estatuto

jurídico a la adopción de niños por parte de ciudadanos homosexuales. La explicación es esta: así como un Estado no puede, sin injusticia, destituir de sus hijos biológicos a un padre o madre a causa de la homosexualidad de ese padre o esa madre, tampoco a causa de su carácter homosexual puede, sin injusticia, impedirle a nadie que adopte plenamente hijos de otros y les satisfaga la crianza como si fuese padre suyo.

5. *¿Y los jueces?*

La función de los jueces no es complacer la opinión dominante -eso es coto de caza de los políticos-, sino hacer efectivos los derechos que tenemos las personas. Me parece que la solución óptima -esa donde todos salimos ganando- es que la Corte Constitucional deje de derivar entre monsergas pseudo-ideológicas, declare la universalidad del derecho de adopción y confirme las dos condiciones que necesita su perfeccionamiento. Todo pronto y de una vez, que hay por ahí muchos niños criándose sin padres y muchos adultos queriendo hacerlos hijos suyos. ¡Vale!

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.